

アダム・スミスの Jurisprudence と Scottish Legal Tradition

—— スコットランド法とイングランド法の扱いをめぐって ——

角 田 猛 之

はじめに——スミス・Jurisprudence からの出発

一、スコットランド法とイングランド法およびローマ法

二、スミス・Jurisprudence と Scottish Legal Tradition

結びに替えて

はじめに——スミス・Jurisprudence からの出発

アダム・スミスの Jurisprudence を扱った拙稿において私は「『既成の市民社会』及び国家の基本的諸構造——倫理・法・統治・経済——を起源論的手法で説明しようとした『市民社会の哲学者』・スミスの市民社会論を、主として法に焦点をあてて検討することを課題とする」と述べている。⁽¹⁾そしてこの課題を受けて、彼の Lectures on Jurisprudence の構成に依拠して、スミスの私法論Ⅱ所有権論、公法論Ⅱ統治論、および Jurisprudence 全般に関

する問題を扱った三論稿を発表した。⁽²⁾ その中で明らかにしたスミス・Jurisprudence の主要な特質は次のようなものである。(i)法の起源論的把握。すなわち、狩猟・牧畜・農耕・商業という四段階論に依拠した社会発展の歴史的検討をベースに、それに対応して発展する統治とその統治型態に応じた法を起源論的に検討すること。(ii) Jurisprudence 全般にわたってその主たる素材は、ローマ法とイングランド法であり、とりわけ統治論においては、彼の同時代人たるイングランドのブラックストーン同様、イングランド法を *system of liberty* と位置づけ、いわばその賛美を基調とすること。(iii) しかも、「イングランドの裁判所は、フランス・スコットランドのそれよりもずっと古いものである⁽³⁾」という認識の下に、イングランドの裁判所を自由保障の砦とみている点。(iv) 「法と統治の一般原理」に係わるものとして、正義・治政・収入・軍備などの広範な事項を対象とすること。(v) しかしそれにもかかわらず、右の治政・収入・軍備を除いて「なお残るもの」⁽⁵⁾ すなわち正義が “theory of jurisprudence” の固有の対象であること。(vi) しかもその正義の内容が、LJ(A)・(B)においては公法・私法を含む法の全分野とされる反面、『道徳感情論』においては、「最も神聖な正義の諸々の法」として、生命・人格・財産という私法上のそれに限定されていること。⁽⁶⁾

以上がスミス・Jurisprudence の若干の特質であるが、本稿ではこのうち、スミスのローマ法・イングランド法およびスコットランド法の扱いをめぐる問題をてがかりとして、彼の Jurisprudence の特質を、一七世紀以来スコットランドで形成されてきた固有の法伝統と比較検討するという観点から考察していきたい。

ただしこの問題を考察するにあたっては、その前提として右でいう、固有の法伝統とは何かを検討することが必要であろう。そこでまず、N・マッコーミックが “golden age of Scots law” と規定する、⁽⁷⁾ 一七世紀後半以降の約一五〇年間のスコットランド法の動きを、イングランドと大陸諸国との係わりで検討していく。

一、スコットランド法とイングランド法およびローマ法

(1) スコットランド法とイングランド法

一千年におよぶスコットランドの法の歴史において、次の四つの時期区分が可能である。

1. Feudal Period: 「一〇一八年の Carham の戦いによって、現在の国境を有するスコットランド王国の成立から、一三世紀の終わりのスコットランドとイングランドの間の独立戦争に至るまで」
2. Dark Age: 「一四世紀の始めから、一五三二年の高等民事裁判所の設立に至るまで」
3. Roman Period: 「一五三二年の高等民事裁判所から、一九世紀始めのナポレオン戦争に至るまで」
4. Modern Period: ナポレオン戦争から現代に至るまで⁽⁸⁾。

そしてこれらの時期のうち問題は、第三期の Roman Period である。ただしこの間で、その始期たる一五三二年——民事に関するスコットランドの最高裁判所で、現在に至っても存続する高等民事裁判所 (Court of Session) が設立された年で、以後裁判制度が整備されていく元年である——に加えて、さらにいくつかの重要な時期が存在する。すなわち、一六〇三年・一六五〇年以降・一六七二年・一七〇七年である。このうち若干性質の異なる一六七二年——現在でもなお修正されつつ存続する刑事に関する最高裁判所たる高等刑事裁判所 (High Court of Justiciary) の設立の年——は除いて、年代順に法との係わりを検討してみよう。

一六〇三年は周知のように、ジェームズ一世——同時にスコットランド国王としてジェームズ六世——の下でのいわゆる同君連合の年で、これは統治構造に大きな変化——例えば行政の中心としての枢密院・法案作成委員会による議会統制⁽¹⁰⁾——などをもたらすとともに、法に関して特に重要な意味を持つ。というのは、ジェームズ一世は、イング

ランド法とスコットランド法の統一に大きな関心を有し、イングランド王として始めてウェストミンスターの議会で臨席した際、両法の統一に関する発言を行なうとともに、一六〇四年には法の統一を含む両国の完全な統一のためのプロジェクトを設けて強力にそれを推進したからである。⁽¹¹⁾ このジェイムズ一世の試みは、イングランド側の拒否によって失敗に帰したが、その後も両法の統一の機会が何度か存在する。

その一つが一六五〇年以降のいわゆるクロムウェル時代である。⁽¹²⁾ この年に、スコットランドにクロムウェルが侵入し、高等民事裁判所の機能が停止されるとともに、それにかえて裁判を行なうための七人の委員が任命された。この七名のうち四名がイングランドから派遣された裁判官で、この時点において、イングランド法の適用を通じてのスコットランド法のイングランド法化の機会が存在したといえる。しかし、彼らは数の上で多数派であるが、従来のスコットランドの裁判の手続及び法を尊重したといわれている。また、プロテクター政権の下で統一令 (Ordinance of Union) が出されたが、実現をみないままに王政復古を向え、法の統一を含めてその問題は白紙に戻されている。

ところが右の二つとは根本的に異なる時代画期は一七〇七年で、いわゆる合邦である。それは、「スコットランドの経済史における epoch-making event」であるという経済史家 R・H・キャンベルの指摘は、⁽¹³⁾ 法の歴史にもあてはまるであろう。合邦は法に関して一言でいえば、スコットランド法における近代での、イングランド法受容の出発点を意味するであろう。すなわち、合邦条約第一八条から二一条によって、固有のスコットランド法および裁判制度が尊重されたといえ、議会統一に併なう制定法の共有、また裁判実務——とりわけ、民事事件における、スコットランドの高等民事裁判所からイングランドの House of Lords への上訴を通じての、判例拘束理論の導入などによって、従来のスコットランドの法理論・法実務が大きな修正・変容を受ける契機をなすことは明らかである。

しかし、現在に至ってもなお、次のような指摘がなされていることは注目に値する。N・マッコイミックはいう。

「[イングランドとは] 対照的に、スコットランド人およびスコットランドの法律家は、論理的であることそして、論理的価値を示す法システムを有することに対して誇りをもっている」¹⁴ また、ケンブリッジ大学のローマ法のプロフェッサーでスミスの LJ(A) の編者の一人の P・シュタインは次のようにいう。「スコットランド法は、他のいかなるシステムとも極めて異なるシステムであり、法現象に対する顕著なスコットランド的態度が存在するとア・プリオリに仮定されよう」¹⁵ そしてここで、右の「法現象に対する顕著なスコットランド的態度」あるいは先に言及した「一七世紀以来スコットランドで形成されてきた固有の法伝統」を、あるスコットランド法のスタンダードなテキストでの表現をかりて Scottish Legal Tradition と呼び、そこでの指摘を参照してみよう。「スコットランド法は、他と異なる法システムではあるが、外からの影響とは無関係に発展したという意味において、オリジナルな法システムであるということからほどとおいものである。スコットランド法の中には、純粹にその国に native のものというのとはほとんど存在しない。スコットランド法の大部分は、他の法システムによってスコットランドに与えられたものである。¹⁶」

するとここでいう、「外からの影響」・「他の法システム」とはいかなるものをさすのであろうか。この問題を考える手がかりとして、現在のスコットランド法の権威である、グラスゴー大学の Regius Professor・D・M ウォーカーの指摘を参照しておく。彼は、現行のスコットランド私法を体系的に扱った “Principles of Scottish Private Law” の中で次のように述べている。「スコットランド私法の歴史的法源とは次のようなものである。すなわち、広く拘束力あり強制的と認められた社会の諸慣行・Regiam Majestatem のような古い制定法や法典・聖書の中で述べられ広くそれに基づいて従われるような行為の諸原則・ローマの市民法の中で発展し、通常フランス・ドイツ・オランダの法律家の書物を介して、一四世紀から一八世紀に至るまでスコットランドで受容された諸原則・宗教改革に至

るまで発展しスコットランドで受容されたローマ教会の教会法上の諸原則・スコットランドの実務に適用された西欧の封建法上の諸原則・西欧の一般的な商事上および海事上の慣行上の諸原則そして、若干の (some) イングランドのコモン・ローおよびエキイティの諸原則などである。これらの多くは、institutional writer の極めて体系的な書物の影響の下で、スコットランド法に受容されている。⁽¹⁷⁾ (傍点・角田)

さて、この指摘において先の「他の法システム」として次の三つが挙げられている。(i) 一四世紀から一八世紀にかけて、フランス・ドイツ・オランダなどを介してスコットランドで受容されたローマ法。(ii) 封建法(土地法) (iii) イングランドのコモン・ロー及びエキイティ。ここで問題とすべきは、ローマ法とイングランド法に関する次の二点である。すなわち、右でみたようなイングランド法との統一の機会が存在しながらなおかつ、スコットランド私法の歴史的法源においてイングランド法は最下位の位置を占め、しかも「若干の」という形容が付される程度にしかスコットランドに受容されていないこと。そしてその反面、大陸諸国の法学文献を介しての法が大きな位置を占めること。

この二点と一七〇七年の合邦という事実が、本稿のテーマである、スミス・Jurisprudence の特質と Scottish Legal Tradition との関連に重要な意味をもつであろう。そこで次に、大陸諸国を介してのローマ法に焦点をあてて、Scottish Legal Tradition の形成・展開を考察しておきたい。

(2) スコットランド法とローマ法

先の時期区分の Roman Period の始期たる一五三二年は、高等民事裁判所設立の年で、それは同時に中央集権的な裁判機構整備の元年にあたることはすでに指摘した通りである。ところがその設立は、スコットランド法にとってもう一つの重要な意味すなわち、文字通り Roman Period の開始という意味をもつ。「この裁判所の設立とともに、教会法を通じて間接的というよりはローマ法から直接にスコットランド法の中に諸ルールが組み込まれるようになる

った⁽¹⁸⁾と指摘されるように、それは「ローマ法の体系的導入」⁽¹⁹⁾のいわば制度的保障をなすであろう。しかし、その制度のみではローマ法受容は不可能である。というのは、中世以来「その性質において国際化」⁽²⁰⁾されてきたローマ法すなわち、各国の諸事情を捨象し普遍的に適用しうるように理論化されたローマ法をスコットランドの法実務に適用するためには、その理論と法実務を橋渡しする人的な媒介が必要だからである。そしてその媒介が、大陸諸国とりわけフランス・オランダに留学しその地で、国際化したローマ法を学び帰国して法実務についた法律家およびその中から輩出した *institutional writer* に他ならない。前者に関しては、次の一つの事実を挙げるに留めておく。すなわち一七・一八世紀を通して、オランダのライデン大学のみで約一六〇〇人のスコットランドからの留学生が、法を学んでいたこと。⁽²¹⁾

ところが、「外国で法を学ぶという *Scottish Tradition*」⁽²²⁾は存在するとしても、このようなローマ法受容という事実そのものは、スコットランドに固有の現象でないことはいうまでもない。いわゆる大陸法系といわれる *Civil law system* の国々は全てローマ法を多かれ少なかれ受容しており、また、コモン・ロー系といわれるイングランドにおいてすら、一七五八年のブラックストーンのイギリス法講義まではローマ法が大学の法学教育を支配していたのである。

するとどこに *Scottish Legal Tradition* の “*Scottish*” たる所以が存在するのであろうか。先に引用したスコットランド法のテキストは、さらに続けて次のように述べている。「スコットランド法システムの特殊性は、スコットランド法の創造者が過去数世紀にわたって、これらの種々の寄与物〔ウォーカーのいう「歴史的法源」・角田〕から固有な法体系を形成したそのオリジナルな方法から生ずるのである」⁽²³⁾。するとさらに、この「オリジナルな方法」とは何かまた、「スコットランド法の創造者」とは誰であるのか。この後者に対する答えは、右でみた法律家およびス

コットランド法の体系的書物をあらわした institutional writer すなわち、一七世紀のステアル・マケンジ、一八世紀のバンクトン・エルスキン・ケイムズそして一九世紀のベルなどである。そこで「後の institutional writer および近代のテキストブック〔が〕……たえず……参照しつづけている」と指摘されるステアルを例にして前者の問題を検討し、次いでスミス・Jurisprudence との対比に移っていききたい。

(3) ステアルと Scottish Legal Tradition

一七世紀後半から一八世紀前半にかけて、スコットランド法は Roman Period の最盛期にあったといえる。そしてそのことが、大陸諸国の大学とりわけこの時期では、オランダのライデン大学・ユトレヒト大学を中心に、スコットランドから留学した留学生および法律家を介して受容されたいわゆる Roman-Dutch law によってもたらされたことは、先に若干言及したとおりである。⁽²⁵⁾ また事実ステアルも、一六八二年から一六八八年までライデン大学に学び、ローマ法の研究に従事している。⁽²⁶⁾ そしてこのことと関連して興味深いのは、彼が高等民事裁判所裁判官としての実務経験をもとにあらわした、スコットランド私法に関するはじめての体系書 “The Institutions of the Law of Scotland” の第一版（一六八一年）を、右のライデン大学での研究成果をもとに「全面的に改訂」⁽²⁷⁾ した第二版を一六九三年に出版しているという事実である。というのは、この二版の異同を探ることによって、Roman Period の最盛期たるこの時期に、いかなる形でまたどの程度にローマ法理論がスコットランドに受容されていたかを知る一つの重要な手がかりが得られるからである。しかしここでは、その内容は捨象し、先にみたスコットランドに「オリジナルな方法」という観点から若干問題にしたい。⁽²⁸⁾

彼は第一版の国王への献呈の辞を次のように始めている。「国王陛下に謹しんで、古来のスコットランド王国の法と慣習についての Summary を献呈致します。」⁽²⁹⁾ところが第二版に新たに付した Advertisement において第一版と

の係わりで次のような三点の注目すべき見解を述べている。まず第一点は、第一版の三部構成を四部構成に変更した理由について。「我（スコットランド）法の institutions を、ちょうどローマ法の Institutiones がそうしているように、四部構成に分けるのが適切であるとわかった。それは特に、我法において、土地に対する相続の権利と動産に対する権利との間には、顕著な区別が存在するからである。」第二点は、第一巻において扱ったタイトルおよび論述の方法について。「第一版において私は、できる限り総括的にそのタイトルをつけた。……しかしこの版では、第一巻の長いタイトルを分別し、より個別的なタイトルのもとに組み入れ、また段落を分け……」そして第三点は、第一版の内容とその国王への献呈の辞に関する見解。「〔新たな判例・法律の追加はあるものの〕その内容はなお同じ論稿であって、従って新たな献呈の辞を書くのは適切ではないと考えた³⁰⁾」この三点と先の国王への献呈の辞をあわせるならば、次のことがいえるであろう。彼の Institutions は、第一版から第二版において、八年にわたるライデン大学でのローマ法、より正確には Roman-Dutch law 研究の成果をもとに、編別構成・その論述方法などを変更したもの、その内容および扱う素材は第一版同様「古来のスコットランド王国の法と慣習」具体的には、古来からの制定法及び一五三二年以来集積されてきた高等民事裁判所の判決などであったということである。

すなわち彼の Institutions は、ウォーカーの指摘するように「ユステイニアヌスの Institutions のスコットランド人による翻訳ではないし……大陸の書物のスコットランド人の手による編集でもない。それは、主として native source およびスコットランドの制定法と判例の機能に関する諸考察に依拠した、スコットランド法の説明³¹⁾」なのである。そして先の「オリジナルな方法」に関していえば、彼の Institutions は、スコットランドに固有な法素材を、ローマ法および自然法学の方法・概念を用いて分析・体系化したもので、そこに後にひきつがれていく Scottish Legal Tradition が存在するのである。

二、スミス・Jurisprudence と Scottish Legal Tradition

さて、以上の考察を踏まえて、本稿のテーマたるスミス・Jurisprudence と Scottish Legal Tradition の問題を検討する。

両者を比較検討するメルクマールは先に言及したようにローマ法・イングランド法およびスコットランド法である。ただし、ローマ法に関しては、多くの考察を要しないであろう。というのは、一七・一八世紀の、ローマ法といわば表裏一体をなす自然法学の時代において、また大陸の影響を強く受けたスコットランドにおいて、両者が共に、その Jurisprudence の主たる素材の一つをローマ法とし、多くのものをそこから受容していることは当然だからである。このことは、スミスもステアルも共に、グロチウス・プーフENDORF とりわけ、右で言及したようにオランダの影響が強かったこの時期において、グロチウスが再三にわたって名指しで参照されていることから明らかであろう。

従って、問題はイングランド法およびスコットランド法の扱いをめぐってである。この点に関して両者は顕著な相違を示している。すなわち、スミスがローマ法と並ぶ主たる素材をイングランド法としたのに対して、ステアルを起点とする Scottish Legal Tradition においては、イングランド法は極めて低い地位しか有しておらず、しかも右でみたように、そこでの主たる目的は固有のスコットランド法の体系化であったからである。

このような顕著な相違——しかもそれは、ある意味でスミスの側においてもたらされたものである——を生み出す最も重要なファクターは、スコットランドにおける、近代のイングランド法受容の出発点たる合邦である。そこでここでは、先に、固有のスコットランド法の尊重を規定したものととして言及した、合邦条約第一八条を手がかりとし

て、右の相違の原因を探っていききたい。

合邦条約第一八条は、大略次のように規定している。まず第一に、関税および国内税に関する法は両国共通たること。第二に、それ以外のスコットランドの法は、合邦前と同一効力を有するが、グレイト・ブリテンの議会によって変更可能であること。第三に、公法・私法を区別した上で、私法に関しては「スコットランド臣民にとって明らかな効用が存在しない限り私法には、いかなる変更もなされ得ない」こと。この条文がいかなる経緯あるいは議論を経て規定されるに至ったかは興味深い問題であるが、すくなくとも、それは、スコットランドに固有の私法が存在することとしてその上で、その存続あるいは尊重をイングランド側が承認したことを物語っているであろう。すると、そのスコットランドに固有の私法とは何であろうか。これが右で検討した、*institutional writer* の著作において体系化された私法に他ならない。すなわち、これまで明示的に強調した形では言及しなかったが、実は *Scottish Legal Tradition* とは、法の全分野ではなく私法におけるスコットランドの法伝統に他ならないのである。先に参照した「*Principles of the Scottish Private Law*」の中でウォーカーは、スコットランド私法とイングランドおよびヨーロッパ大陸のそれとを対比して次のように述べている。「スコットランドの私法は、イングランド法がかつて長い間そうでありまたある程度は現在においてもそうであるように、〔他のシステムと〕区別し得るまた時には相対立するコモン・ロー及びエキイティの諸ルールの体系に精通したことは一度もないしまた逆に、多くのヨーロッパの法システムがそうであるように、通常の市民および商人に適用しうる市民法および商法の明確な体系に精通したことも一度もない」⁽³²⁾すなわち、この趣旨は、コモン・ローとシビル・ローの「混合」の法体系としてスコットランド私法を位置づけつつ、なおかつ両法とは異なる固有のものがスコットランドに存在するということであろう。するとさらに、そのような私法における法伝統は何に由来するのであるか。結論的には、これもローマ法であ

る。ヨーロッパ大陸での中世以来のローマ法継受の手がかりたる、ユスティニアヌスの *Corpus juris civilis* いわゆるローマ法大全は、次の三部から成っている。すなわち、学説彙纂 *Digesta*・法学提要 *Institutiones* および勅法彙纂 *Codex*。ところがこのうち、教育・研究の対象あるいは素材となり、各国の法実務・法律書・法典に圧倒的に影響を与えたのは右の三つのうちの *Institutiones* である。さらに、この *Institutiones* は「初学者のための基本的教科書」⁽³⁴⁾とされるように、教育に関して特に重要な意味をもつとともに、本稿にとって重要なことは、それが人の法・物の法・訴訟法という編別構成をもつ「全私法の体系」⁽³⁵⁾であるという点である。この点に関して、再度ウォーカーを参照してみよう。「私法の中で最も充分な分類は、基本的にはローマ法のそれで、それは人の法・物の法・および訴訟法である。そしてその分類は、ひろく初期のスコットランドの *institutional writer* やドイツの法律家の近代ローマ法およびヨーロッパの諸法典によって受け入れられた。」⁽³⁶⁾

右のことから、ステアルの *Institutions* に関して次のように言えるであろう。ステアルは確かに、名称の継承——ユスティニアヌスの *Institutiones* とステアルの *Institutions*——をも含めて、*Institutiones* をモデルとし、そこから多くのものを受容している。しかし、「独創性なしでそのモデルに追従し模倣」⁽³⁷⁾したのではないとされるように、彼は、裁判官としての経験をもとに、*Regiam Majestatem* にみられるような古来の制定法や高等民事裁判所の判決等を素材として、スコットランド私法の固有の体系書たる *Institutions* をあらわしたのである。そして、このようなステアルの *Institutions* の方法を継承・展開したのが *Scottish Legal Tradition* に他ならない。

すると、スミス・*Jurisprudence* における私法の扱いはどうであろうか。スミスも、その素材としてローマ法・イングランド法と並んでスコットランド法を、“our law”・“Scots law”として参照した、ローマ・イングランドと対比して、「スコットランドにおいては」・「この国においては」という形でしばしば言及していることは事実であ

る。しかしP・シュタインが指摘するように「詳細に特定の法制度の発展を追求する際にはローマ法とイングランド法にスミスは限定していた」⁽³⁸⁾のである。また素材という面に限らずその内容においても、明らかに右でみたようなステアルおよび Scottish Legal Tradition にみられるような構成・特質は存在しないであろう。すなわち、別稿で明らかにしたように、スミスの私法論は、所有権論を主たる内容とし、しかもそこで「所有権を——起源の自明性というメルクマールに基づいて、一旦『獲得された権利』(acquired right)と分類した上で、次に起源論的把握と同感論という文脈の中でその獲得過程を論ずる事によって所有権を……『最も神聖で不可侵』と再構成」⁽³⁹⁾しているのである。

もっとも、長年にわたって裁判官を務めた、ローマ法研究に従事したステアルの著作およびその伝統を引き継ぐ Scottish Legal Tradition の諸著作と、実務経験はもちろんのこと法学研究に専門的に従事するものではなくまた単なる、グラスゴー大学での法学講義の筆記ノートにすぎないスミスの“Lectures on Jurisprudence”をその内容において比較することは、極論するならば無意味であろう。というのは、「institutional writers のいづれかによるある問題に関する見解は、Inner House の判決と同じ効果を持つ権威を有するものと一般に認められている」⁽⁴⁰⁾と指摘され、また現代のスコットランド法のテキストにおいても不可欠の要素として参照されているように、前者はまさに実定法の書物に他ならないからである。

従って、ここで問題としているのは、先にも言及したように、イングラント法とスコットランド法をめぐるその扱いとその背後に控えた両法に対する評価・態度の相違である。

まずステアルを起点とする Scottish Legal Tradition において、固有のスコットランド私法が体系的に扱われたその主観的意図は何であったであろうか。ステアルを例に検討してみよう。彼は、一六七〇年に、両国の合邦を検討

する委員会のスコットランド側の委員に任命されている。そしてそこでの経験を通じて次のような危惧を懐くのである。「イングランドとの合邦において、より弱小の司法権〔をもつ国（スコットランド）の側の〕法は、より強固な司法権〔をもつ国（イングランド）の側の〕代表が必然的に優位を占めかつ、無知と偏見から、常に、よりなれ親しむ〔自国の〕法的なアプローチに味方する議会のおもろがままになってしまふ」という危惧である。そして、両法の基本的相違を認識するとともに、ステアルは「明らかに、スコットランド法を〔イングランド法に〕侵蝕されない状態のままで保持することを望んでいた」⁽⁴¹⁾のである。そしてこのことは、ステアルの *Institutions* が、初版出版が一六八一年であるにもかかわらず、クロムウェル治下のコモンウェルスの下での統一が「スコットランド法の維持にとつては恐威」とみて *Institutions* を執筆しはじめ、一六六〇年代の初期にはすでに実質的に完成していたという事実がよく物語るであろう⁽⁴²⁾。そしてこのような主観的意図は、客観的にも成功したといえる。再度ウォーカーを参照してみよう。「〔一七〇七年の合邦において〕一見するとスコットランド法を保証するという合意に関する条項が明らかに存在していた。〔すなわち合邦条約の〕第一八条……〔である。〕従って理論上は、私的権利に関するスコットランド法は、合邦によっても保証された。しかしもし、議員・裁判官・法律家が、ステアルの一六八一年と一六九三年の有意義な書物〔*Institutions* 第一版・第二版〕を参照し得ず従って、私的権利に関する我法についての言明が存在するといえなかったならば、この紙の上の保証はいかなる有用性を有し得たであろうか。⁽⁴³⁾」と。

すると、スミス・*Jurisprudence* におけるイングランド法とスコットランド法の扱いの背後に控えている両法の評価・態度あるいは意図はどのようなものであろうか。LJ(A)でのスミスの見解を参照しつつこの問題を最後に検討してみよう。まず両法の相違について。「イングランド法は、そのような〔ローマ法〕から解放されており従って、固有の性質を有するとともに *speculative man* の研究に充分値するものである。……〔これに対して〕我裁判所

「our courts すなわちスコットランドの裁判所」は、封建法或いはローマ法のいづれかによって完全に支配されている⁽⁴⁴⁾「ローマ法をめぐる両法の相違に関するこの認識において、スミスがイングランド法を高く評価していることがうかがえるであろう。するとその評価の根拠は何であろうか。これが、スミス・Jurisprudence の特質⁽ⁱⁱⁱ⁾で述べた、イングランドの裁判所を自由保障、そして私法に関しては主として所有権保障の砦とみている点である。まずスミスは裁判所一般に関して次のようにいう。「新しい裁判所と法は……非常な害悪である。……（というのは）法の正確な意味を確定しまた裁判所の実践を確立する程充分な判決を持つ為には、時間と繰り返された実践が必要である（から）⁽⁴⁵⁾」するとイングランドの裁判所はどうであろうか。「イングランドの国制は裁判所に関しては、長い間現在とほぼ同じである。⁽⁴⁶⁾」また「イングランドの裁判所は、フランス・スコットランド（ここでは名指しで、ステアルがそこでの実務経験をもとに Institutions をあらわした、Court of Session をあげている）のそれよりもずっと古いものである。⁽⁴⁷⁾」

このような、イングランド法とスコットランド法およびイングランドの裁判所とスコットランドの裁判所に対するスミスの認識をあわせるならばスミス・Jurisprudence の目的は、長い伝統に裏づけられたイングランドの裁判制度、その判決の集積としてのコモン・ロー、これらを自由保障の砦あるいはスミスの言を用いれば system of liberties⁽⁴⁸⁾として認識・評価しそれにもとづいて、合邦を契機に可能あるいは必要となったスコットランド法とイングランド法の統一を目指すことであつたといえよう。しかも、合邦条約第一八条によって、Scottish Legal Tradition という形で形成・展開された固有のスコットランド私法が保障されたにもかかわらず、右のようなことが意図された点において、Scottish Legal Tradition との顕著な相違が存在するとともに、合邦に対するスミスの態度が明確にあらわれているといえよう。このことと関連して、次の P・シュタインの指摘は極めて興味深い。「ケイムズのサーク

ルの法律家達「[スミスも含む]は、ブリテンの法の統一に関心を有していたが、彼らは自国の法体系よりも「イングランドの」法体系について「[しかも]」イングランドの同時代人よりも深く認識していた。」⁽⁴⁹⁾と。

結びに替えて

以上、ローマ法・イングランド法およびスコットランド法の扱いに焦点をあてて、スミス・Jurisprudence と Scottish Legal Tradition との対比的検討を行ってきたが、対比の一方の柱である Scottish Legal Tradition の具体的中味についてはなんらふれないうちに議論をすすめている。すなわち、先に参照した P・シュタインの言を借りるならば、本稿においてはまさに、スコットランド法の特殊性の存在を「ア・プリオリに仮定」した上でスミスとの対比を行っているのである。そしてこの具体的な中味については、ステアル研究を通して今後明らかにしていく予定であるが、ここでは現段階で考えている点だけを指摘して本稿の結びに替えたい。

Scottish Legal Tradition という場合の “Scottish” が、ステアルの Institutions を例にして述べたように「スコットランドに固有な法素材を、ローマ法および自然法学の方法・概念を用いて分析および体系化」したその方法にあるとすれば、それはなにもスコットランドに固有のものとはいえないであろう。ドイツ・フランス・オランダなどのいわゆる civil law system においては、すべてそのような方法が存在するのである。従って、Scottish Legal Tradition をいうとすれば、例えば、ローマ法の現代的慣用 *usus modernus pandectarum* をなしたドイツにおいて German Legal Tradition が言及されるべきであろうし、また同様の論法を用いれば、そのドイツ法から主に影響を受け、日本の固有の慣習をまぜあわせつつ法典化された日本の民法典に関しても、Japanese Legal Tradition がいわれるべきであろう。

すると Scottish Legal Tradition の “Scottish” たる意義をどこに求めるべきであろうか。現段階において私は、この “Scottish” という形容はとりわけイングランドとの対比において意義を有すると考えている。すなわち、一七〇七年の合邦によっていわゆる Great Britain を形成し、法の統一という名の下でのスコットランドにおけるイングランド法化が進行していく。しかしそもそも両国はその時点までは異った王国として形成・発展し、法においてそれぞれに固有の歴史従って固有の法体系を形成しているのである。一方では、civil law system とは異なる、common law の法体系、逆に他方では、civil law system をモデルとしつつ形成された法体系。すなわち、合邦を契機にイングランド法化が進行する中でなをかつ、右のような歴史を背景に一七世紀以来形成されてきたイングランドとは異なる法伝統が存在し、それがまさに Scottish Legal Tradition なのである。

〔註〕

- (1) 拙稿「アダム・スミスの Jurisprudence——若干の主要問題」、阪大法学、一二二号、五一頁。
- (2) 右の論稿と次の二編。「アダム・スミスの所有権論」、阪大法学、一二四号。「A・スミスの統治論——新版“Lectures on Jurisprudence (1978, Oxford) に依拠して」法哲学年報、一九八〇年。
- (3) Smith, “Lectures on Jurisprudence”, (78, Oxford) p. 287.
- (4) *ibid.* p. 398.
- (5) Smith, “Theory of Moral Sentiment”, 76, Oxford, p. 3.
- (6) *ibid.*, p. 84.
- (7) N. MacCormick, Law and Enlightenment. (in “The Origins & Nature of the Scottish Enlightenment,” Campbell and Skinner ed.) p. 151.
- (8) E. A. Marshall, “General Principles of Scots Law,” p. 1-10. cf.
- (9) 高等民事裁判所の構成については、拙稿「近代スコットランド法思想研究・資料(三)の1」本誌・本号の訳註(31)参照。

(10) Walker, "The Scottish Legal System" (5th. ed.) p. 112cf. 邦訳、拙稿「近代スコットランド法思想研究・資料(1)」本誌、一九卷・三号、五二頁。

(11) B. R. LeVack, Proposed Union of English Law and Scots Law in the Seventeenth Century, Juridical Review, 20. cf.

(12) モンズランとコッペル、Cooper, Cromwell's Judges and Influence on Scots Law, Juridical Review, '46, cf. また歴史一般としては『スコットランド絶対王政の展開』第三部・反乱とその反動、参照。

(13) R. H. Campbell, "Scotland Since 1707," p. 3

(14) N. MacCormick, "Legal Reasoning and Legal Theory", p. 40

(15) P. Stein, Legal Thought in Eighteenth-Century Scotland, Juridical Review, '57.

(16) E. A. Marshall, General Principles of Scots Law," p. 10.

(17) D. M. Walker, "Principles of Scottish Private Law," p. 5. また右の Marshall は「スコットランドの法伝統に最も影響を与えたファクター」として次の順序で五つあげている。一、封建法・二、カノン法・三、ローマ法・四、イギリス法および五、制定法。Marshall, op. cit. p. 10.

説論

(18) P. Stein, Influence of Roman Law on The Law of Scotland, Juridical Review, '63, p. 215.

(19) ibid. p. 215.

(20) A. Watson, "The Making of the Civil Law" p. 25 cf.

(21) Stein op. cit. (19), p. 215-6.; R. G. Cant, Origins of the Enlightenment in Scotland: the Universities (in "Origins and Natur of Scottish Enlightenment"); W. Rudy, "The Universities of Europe, 1100-1914," p. 86 cf.

(22) Watson, op. cit., p. 33.

(23) Marshall, op. cit., p. 10.

(24) Walker, The Importance of Stair's Work for the Modern Lawyer, Juridical Review, '81, p. 174.

(25) J. B. Smith, Scots Law and Roman Dutch Law, Juridical Review, '61, cf.

(26) Walker's Introductions to "The Institutions of the Law of Scotland," p. 5 cf.

- (27) *ibid.*, p. 7.
- (28) この課題は、私のステابل論稿ではたしていきたい。
- (29) Stair, "The Institutions of the Law of Scotland," (Dedication to the King [Prefixed to the First Ed., 1681]) p. 59.
- (30) *ibid.*, p. p. 64-5. cf.
- (31) Walker's Introduction, p. 21.
- (32) Walker, *op. cit.*, p. 3.
- (33) Watson, *op. cit.* p. 5. cf.
- (34) *ibid.* p. 12. また、Institutes の動詞形 "instituo" が「私は教育する、私は配列し秩序だてる」という意味であることについて、Lord Denning, "What Next in the Law," p. 12 cf.
- (35) *ibid.* p. 27.
- (36) Walker, *op. cit.* ("Principles") p. 4.
- (37) Walker's Introduction, p. 17.
- (38) P. Stein, Adam Smith's Jurisprudence between Morality and Economics, *Cornell Law Review*, vol. 64, p. 632.
- (39) 拙稿「アダム・スミスの所有権論」阪大法学、一二四号、三八頁。
- (40) Walker, *op. cit.*, ("Principles"), p. 26.
- (41) Walker's Introduction, p. 16.
- (42) J. W. Cairns, Institutional Writings in Scotland Reconsidered, *Journal of Legal History*, vol.4, p. 90. cf.
- (43) Walker, *op. cit.* (24), p. 162.
- (44) Smith, "Lectures on Jurisprudence" (78), p. 287.
- (45) • (46) • (47) *ibid.*, p. 287.
- (48) *ibid.*, p. 269. このよきな認識は『国富論』の中にもみられる。例えば、「北アメリカを保護し統治するイギリス憲法 (British constitution) の精神」という場合 (Smith, *Wealth of Nations*, 76, Oxford, p. 91) 右の認識を前提としていふのである。

ろう。

(49) Stein, op. cit. (38), p. 632.

〔附記〕

本稿は、昭和六〇年三月二八・二九日に甲南大学で開かれた、日本イギリス哲学会・第九回研究大会において発表した報告原稿に注を付してまとめたものである。

学会報告という性質上、従来の私の研究成果を基に発表するため、論稿としては内容的にすでに発表したものとかさなる部分があるのでを得ないという面がある。しかしできる限りそのかさなりをさけて、本稿では、従来私がモノグラフとしては扱っていない、スミスと Scottish Legal Tradition におけるイングランド法とスコットランド法の扱い上の差異および、その背後にひかえている両法の評価の差異に焦点をあわせて論じたつもりである。

参考のために、当日提出した報告要旨を以下にあげておく。

論

説

エジンバラ大学のN・マッコミックは、スコットランドの「法と啓蒙」を扱った論稿に於て、その Jurisprudence を、主として方法に依拠して二つに大別している。すなわち、J・オースティンがなした分類たる Particular と General の両 Jurisprudence が合体した形で「法の説明に対する哲学的アプローチ」と、より広い視野に立って、ハチスン、ヒューム等によって展開された「人間の本質と社会に関する一般的な哲学」と結びついた Jurisprudence である。この区分に於て、スミスが後者に属するとともに、統治論・所有権論を軸に「著書こそ残してはいないものの」かなりにまとまった形で、Jurisprudence を展開している点を考えるならば、その系譜の中で重要な位置を占めることは明らかであろう。そして、もう一つの Jurisprudence に関して、マッコミックは、一七世紀のステアル、マケンジ、一八世紀のバンクトン、エルスキン、ケイムズ、バロン・デビット・ヒューム、そして一九世紀のベル等を挙げつつ、この間のおよそ一五〇年間で“golden age of scots Law”と規定している。そして、加えるならば、これらのいわゆる “institutional writers” の残した業績が、法実務・教育・研究等を介して “Scottish Legal Tradition” を形成するといえよう。すると、この Jurisprudence とスミスのそれはいかなる関係になるであろうか。

スミス・Jurisprudence は、マッコリーミックの依拠する方法的特徴に加えて、とりわけその統治論に於て、もう一つの顕著な特色を有する。すなわち、LJ(A)の約三分の一を占める統治論は、イングランドの統治論でありしかも、彼の生きた当時の英国統治を“System of liberty”として正当化することを狙ったものである。この点に於て、右の“Scottish Legal Tradition”を形成するところの Jurisprudence とは、顕著な違いを有するであろう。例えば、その出発点を担うステアルは、一千ページを越える大著“The Institutions of the Law of Scotland.” (1st. ed. 1681)の国王への献呈の辞を「国王陛下に謹しんで、古来のスコットランド王国の法と慣習についての概要を献呈致します。」という言葉によって始めている。つまり、この系譜に属する Jurisprudence は自国スコットランドの「法と慣習」を対象とし、それらをローマ法上の原理・方法を採用しつつ体系化するものであって、そのことによつてまさに、“Scottish Legal Tradition”を形成するのである。

このような相違に於て、一七〇七年の合併が、やはり最も重要なファクターであろう。合併は、法に関して一言でいえば、スコットランド法に於ける近代イングランド法受容の出発点を意味するであろう。このことは、合併条約によつて、固有のスコットランド法、とりわけ私法が保証されたといえ、議会統一に伴う制定法の共有、また裁判実務—とくに、民事に於けるスコットランドの Court of Session から House of Lords への上訴を通じての、判例拘束理論の導入等によつて、従来の法理論・法実務が大きな修正を受けたことを考えるならば明らかであろう。

そして、スミス・Jurisprudence はまさに、合併以後に形成され、右のイングランド法受容の線に沿って展開されたものである。それに対して、ステアルを起点とし、また彼によつて形成されたスコットランド法の体系を継承・展開するところの Jurisprudence は、合併後の右のような潮流にもかかわらず固有のスコットランド法を維持し展開したものといえよう。このことと関連して次の、P・シュタインの二つの指摘は極めて興味深い。「ケイムズのサークルの法律家達は、ブリテンの法の統一に関心を有していたが、彼らは自国の法体系よりも「イングランドの」法体系について「しかも」イングランドの同時代人よりも深く認識していた。」と。そして「スコットランド法は、他のいかなるシステムとも極めて異なるシステムであり、法現象に対する顕著なスコットランド的態度が存在するとア・ブリオリに仮定されよう。」と。

〔四月二一日脱稿〕